

# VU Research Portal

## De binding aan bevoegdhedenovereenkomsten in het ruimtelijke ordeningsrecht

Huisman, Pim

### **published in**

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap  
2019

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Huisman, P. (2019). De binding aan bevoegdhedenovereenkomsten in het ruimtelijke ordeningsrecht. In P. J. Huisman, A. R. Neerhof, & F. J. van Ommeren (Eds.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap: Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma* (pp. 391-401). Instituut voor Bouwrecht.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# **Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap**

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:  
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman  
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof  
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

# De binding aan bevoegdhedenovereenkomsten in het ruimtelijke ordeningsrecht

Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman

## 1 Inleiding

In maart 2006 was kamer HG-6A23 de werkplek van Jan Struiksma aan de VU. Zij was vanaf toen tevens mijn eerste werkplek. Een betere kamergenoot kan een beginnend promovendus zich niet wensen. Met zijn schat aan ervaring en kennis was en is Jan de ideale vraagbaak, niet alleen voor het doen van onderzoek, maar ook voor het geven van onderwijs. Eigenlijk nog veel belangrijker dan het voorgaande is evenwel dat het een erg fijne tijd was samen met Jan, een tijd waar ik met veel plezier op terugkijk.

In mijn eerste jaar bij Jan op de kamer publiceerde hij in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* een prachtig stuk over contractsvrijheid bij grondexploitatieovereenkomsten.<sup>1</sup> Centrale vraag in dat artikel is in hoeverre gemeenten daadwerkelijk beschikken over de vrijheid om te contracteren over grondexploitatiekosten. In zijn analyse betreft Jan de publiekrechtelijke beginselen die de contractsvrijheid kunnen inperken en verbindt hij deze aan de verschillende posities die partijen ten opzichte van elkaar kunnen innemen. Dat mooie artikel is voor mij altijd een inspiratiebron geweest. In deze bijdrage beproef ik een soortgelijke aanpak - te weten een juridische analyse waarbij de aandacht eveneens uitgaat naar de verschillende posities die partijen ten opzichte van elkaar kunnen innemen. Ik gebruik die aanpak hier voor de beantwoording van de vraag in hoeverre gemeenten zijn gebonden aan bevoegdhedenovereenkomsten over planologische bevoegdheden.

In een bevoegdhedenovereenkomst maakt de overheid afspraken over hoe zij een publiekrechtelijke bevoegdheid in de toekomst zal gaan uitoefenen. Vaak wordt gecontracteerd over de bevoegdheid om besluiten in de zin van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) te nemen. Dat gebeurt ook over bevoegdheden die betrekking hebben op het vaststellen van het bestemmingsplan en het verlenen van een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan.<sup>2</sup> Een probleem dat zich nogal eens voordoet is dat het gemeentebestuur uiteindelijk bij het nemen van het besluit ter uitvoering van de overeenkomst wil afwijken van de gemaakte afspraken. De vraag die dan rijst is of en

---

1 J. Struiksma, 'Contractsvrijheid door de Grondexploitatiewet?', *WPNR* 2006, nr. 6689, p. 821-825.

2 Zie uitvoerig: P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 401 e.v.

in hoeverre hij gebonden is aan de bevoegdhedenovereenkomst. Deze vraag staat in deze bijdrage centraal, waarbij de focus ligt op gemeentelijke bevoegdhedenovereenkomsten op het gebied van de ruimtelijke ordening.<sup>3</sup>

Hierna wordt eerst in algemene zin ingegaan op het sluiten van bevoegdhedenovereenkomsten over planologische bevoegdheden (paragraaf 2). Daarna wordt dieper ingegaan op de rol van bevoegdhedenovereenkomsten bij het nemen van besluiten op het terrein van de ruimtelijke ordening en de rechtspraak van de bestuursrechter daarover (paragraaf 3). Vervolgens komt de burgerlijke rechter aan bod, aangezien uitvoeringsgeschillen over bevoegdhedenovereenkomsten ook aan deze rechter kunnen worden voorgelegd (paragraaf 4). Deze bijdrage wordt afgesloten met een slotbeschouwing (paragraaf 5).<sup>4</sup>

## 2 Planologische bevoegdheden en het sluiten van overeenkomsten

De Wet ruimtelijke ordening (Wro) en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) kennen publiekrechtelijke bevoegdheden op het terrein van de ruimtelijke ordening toe aan bestuursorganen.<sup>5</sup> Te denken valt aan het vaststellen van het bestemmingsplan door de gemeenteraad respectievelijk het verlenen van een omgevingsvergunning om van het bestemmingsplan af te wijken door het college van burgemeester en wethouders. Deze wetten laten het bestuursorgaan bij de uitoefening van deze publiekrechtelijke bevoegdheden beslissingsruimte. Het bestuur kan deze ruimte gebruiken om over de toekomstige uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid een overeenkomst te sluiten. Het sluiten van de bevoegdhedenovereenkomst is, nu de bevoegdheid daartoe niet uitdrukkelijk is geregeld in de wet,<sup>6</sup> maar daar impliciet uit blijkt, te zien als een geïmpliceerde bevoegdheid.

De bevoegdhedenovereenkomst gaat vooraf aan de daadwerkelijke uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarop zij betrekking heeft. Omdat de uitkomst van de publiekrechtelijke besluitvorming op voorhand niet helemaal te voorspellen is, bijvoorbeeld omdat tijdens een bestemmingsplanprocedure ook derden-belanghebbenden inspraak hebben, wordt door gemeenten vaak gewerkt met een inspanningsverbintenis. Dat wil overigens niet zeggen dat het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst een vrijblijvende aangelegenheid is. Zegt het gemeentebestuur bijvoorbeeld toe om zich in te spannen een bestemmingsplan met een bepaalde invulling in procedure te brengen, dan zal het die inspanning in beginsel ook moeten leveren.

---

3 Op den duur zal het bestemmingsplan, als de Omgevingswet wordt ingevoerd, opgaan in het omgevingsplan. Hetgeen aan de orde komt over contracteren over planologische bevoegdheden onder de huidige regelgeving geldt mutatis mutandis voor het contracteren over planologische bevoegdheden onder de Omgevingswet.

4 Delen van deze bijdrage zijn gebaseerd op: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 645 e.v. en p. 688 e.v.

5 Op het terrein van de ruimtelijke ordening zijn ook andere wetten, zoals de Crisis- en herstelwet, van belang. Deze wetten blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

6 Een uitzondering vormt art. 6.4a Wro waarin de bevoegdheid voor het college van burgemeester en wethouders is opgenomen om te contracteren over planschade. Voor zover wordt gecontracteerd over planschade heeft dat dus wel een wettelijke grondslag.

De bevoegdhedenovereenkomst wordt door de Hoge Raad gezien als een overeenkomst met een gemengd privaatrechtelijk en publiekrechtelijk karakter.<sup>7</sup> De overeenkomst zelf heeft een privaatrechtelijk karakter en wordt gesloten door de gemeente, de uitvoering door een gemeentelijk bestuursorgaan in de vorm van het nemen van een besluit in de zin van de Awb is publiekrechtelijk van aard. De vraag in hoeverre de gemeente dan wel het gemeentelijke bestuursorgaan is gebonden aan een contractuele toezegging over een planologische bevoegdheid kan, zoals hierna nader wordt uitgewerkt, zowel bij de bestuursrechter als de burgerlijke rechter aan de orde komen.

### 3 Besluitvorming en contract: de rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

*Overeenkomst zet procedurele en inhoudelijke toetsing besluitvorming niet opzij*

Noch in de Wro, noch in de Wabo treft men regels aan over de binding van bestuursorganen aan bevoegdhedenovereenkomsten bij de besluitvorming. Ook in de Awb treft men daarover geen regels aan. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State valt op te maken dat een bevoegdhedenovereenkomst de procedurele en inhoudelijke toetsing niet opzijzet bij het nemen van een besluit. Illustratief is de volgende overweging uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juni 2012:

‘Voor zover [appellant sub 1A] een beroep doet op de door hem met de gemeente gesloten overeenkomst, overweegt de Afdeling dat (...) een overeenkomst als de onderhavige niet kan leiden tot een verplichting van de raad aan gronden een bestemming te geven die de raad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening zou achten. Het aanvaarden van gebondenheid van de raad aan het leggen van de bestemming zoals in de overeenkomst voorzien, zou zich niet verdragen met de door de wetgever in artikel 3.1 van de Wro aan de raad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen na het volgen van de daartoe in deze wet dwingend voorgeschreven en met waarborgen omklede procedure. De definitieve beslissing over de vaststelling van het bestemmingsplan kan mede afhankelijk van alle in de loop van de procedure naar voren gekomen feiten en belangen - ook de mogelijke belangen van derden - anders uitvallen dan door het college van burgemeester en wethouders bij het sluiten van de overeenkomst is ingeschat.’<sup>8</sup>

Hieruit volgt dat het bestuursorgaan in de besluitvormingsprocedure dus geen stappen kan overslaan als een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten. Ook leidt het feit dat een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten niet tot een inhoudelijk ander toetsingskader voor het nemen van het besluit. Het is bij de vaststelling van een bestemmingsplan aan de gemeenteraad om te beoordelen of een bestemming in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening; daaraan kan niet worden voorbijgegaan met het argument dat een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten. Het voorgaande roept de vraag op wat dan de toegevoegde waarde of de rol van de overeenkomst is in dit besluitvormingspro-

7 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

8 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen.

ces. Voor de beantwoording van deze vraag biedt de eerder aangehaalde uitspraak van 27 juni 2012 van de Afdeling een aanknopingspunt:

‘Dat tussen [appellant sub 1A] en de gemeente een overeenkomst is gesloten, is wel een omstandigheid die de raad bij de vaststelling van het plan in zijn overwegingen dient te betrekken. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad dat in het onderhavige geval gedaan en is voldoende gemotiveerd waarom de raad in het geval van [appellant sub 1A] niet van zijn beleid wenst af te wijken.’<sup>9</sup>

Uit deze overweging volgt dat het feit dat een overeenkomst is gesloten een omstandigheid is die bij de besluitvorming in de overwegingen dient te worden betrokken. Dit is inmiddels een vaste lijn in de Afdelingsjurisprudentie. Uit diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel, volgt hoe bestuursorganen met bevoegdhedenovereenkomsten moeten omgaan bij het nemen van besluiten.

#### *Formele zorgvuldigheidsbeginsel*

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel is gecodificeerd in art. 3:2 Awb. Een bestuursorgaan dient op grond van dit artikel bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Wanneer het bestuursorgaan een bevoegdhedenovereenkomst niet of niet geheel bij de besluitvorming betreft, levert dit onzorgvuldig handelen op en dat kan (mede) ertoe leiden dat een besluit wordt vernietigd door de bestuursrechter. Dit blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 april 2015.<sup>10</sup>

De vraag rijst hoever de verplichting om een overeenkomst bij de besluitvorming te betrekken reikt, met name in die situaties waarin het contract verplichtingen bevat voor een ander bestuursorgaan dan het bestuursorgaan dat het besluit neemt. Uit de jurisprudentie volgt dat het ook onder die omstandigheden zo kan zijn dat op het bestuursorgaan de verplichting rust om de overeenkomst bij de besluitvorming te betrekken. In dit verband kan eveneens worden gewezen op de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 29 april 2015. In deze zaak gaat het om een overeenkomst die een inspanningsverplichting bevat voor het college van burgemeester en wethouders in het kader van de voorbereiding van een bestemmingsplan, terwijl de bevoegdheid om dit plan vast te stellen bij de gemeenteraad ligt. Er is in dit geval een verplichting voor de gemeenteraad om duidelijk te maken welk gewicht aan de uit die overeenkomst voortvloeiende afspraken is toegekend bij het nemen van het besluit.<sup>11</sup>

Dat het bestuursorgaan de overeenkomst op grond van het formele zorgvuldigheidsbeginsel bij de besluitvorming moet betrekken, zegt op zichzelf nog niets over het inhoudelijk gewicht dat aan de overeenkomst bij de besluitvorming moet worden toegekend. Daarvoor is het vertrouwensbeginsel van belang, dat hierna wordt besproken.

---

9 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen.

10 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384, m.nt. P.J. Huisman.

11 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384, m.nt. P.J. Huisman.

### *Vertrouwensbeginsel*

Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is het nodig dat er gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt door een toezegging die aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend.<sup>12</sup> Bij overheidsovereenkomsten op gemeentelijk niveau is de publiekrechtelijke rechtspersoon (de gemeente) naar geldend recht contractspartij. Dit geldt ook voor overeenkomsten waarin toezeggingen worden gedaan over de uitoefening van planologische bevoegdheden door bestuursorganen. De contractspartij aan overheidszijde (de publiekrechtelijke rechtspersoon) en degene die daadwerkelijk tot uitvoering van het contract over moet gaan door een planologisch besluit te nemen (een bestuursorgaan), lopen bij deze overeenkomsten uit elkaar. De publiekrechtelijke rechtspersoon heeft geen zeggenschap over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden; publiekrechtelijke bevoegdheden komen namelijk toe aan bestuursorganen. Dit leidt echter niet tot problemen in de sfeer van de binding aan de gemaakte afspraken als het bestuursorgaan over wiens bevoegdheid wordt gecontracteerd bij de contractsluiting is betrokken. Het college van burgemeester en wethouders heeft een rol bij het sluiten van contracten op gemeentelijk niveau (art. 160 lid 1 onderdeel e Gemeentewet). Voor zover een contract verplichtingen voor het college bevat, is het college in beginsel gebonden. Bij de gemeenteraad ligt het anders. De gemeenteraad hoeft, behoudens situaties zoals genoemd in art. 169 lid 4 Gemeentewet, niet bij het sluiten van de overeenkomst te worden betrokken. Wanneer de raad niet bij het sluiten van de overeenkomst is betrokken en daarin afspraken zijn gemaakt over zijn bevoegdheid om een bestemmingsplan vast te stellen, dan is hij daaraan niet gebonden.<sup>13</sup> In de praktijk wordt, om zeker te stellen dat de gemeenteraad toch aan de gemaakte afspraken is gebonden, gewerkt met een aparte instemming door de raad.<sup>14</sup> Om bindingsperikelen te voorkomen, zou het wenselijker zijn dat niet de publiekrechtelijke rechtspersoon, maar het bestuursorgaan over wiens publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gecontracteerd als contractspartij bij de sluiting van een bevoegdhedenovereenkomst is betrokken, aangezien dit bestuursorgaan zeggenschap over deze bevoegdheid heeft.<sup>15</sup>

Zijn er gerechtvaardigd gewekte verwachtingen, dan betekent dit niet altijd dat deze dienen te worden gehonoreerd. Tegen honoreren van deze verwachtingen kunnen de belangen van derden, het algemeen belang en de wet zich verzetten.<sup>16</sup> Heeft een bevoegdhedenovereenkomst over planologische bevoegdheden gerechtvaardigde verwachtingen

12 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694. Zie voorts de conclusie van staatsraad advocaat-generaal P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2019:896.

13 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen. Vgl. de conclusie over het vertrouwensbeginsel, ECLI:NL:RVS:2019:896, paragraaf 3.20.

14 Zie daarover ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 631.

15 De Hoge Raad lijkt in het arrest 'Ruimte-voor-Ruimte-overeenkomst II' (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, AB 2017/339, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen) de mogelijkheid open te houden dat ook een bestuursorgaan contractspartij kan zijn. Dit zou kunnen worden opgemaakt uit de overweging dat een 'bevoegdhedenovereenkomst (...) een overeenkomst [is] waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden.' Zie N. Jak & C.N.J. Kortmann, 'Procesbevoegdheid van de overheid in een burgerlijk geding. Rechtspersoon of bestuursorgaan?', *NTB* 2017/40, p. 364.

16 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen. Zie recent ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

gewekt, dan betekent dit niet zonder meer dat er bestuursrechtelijk een verplichting is een besluit te nemen dat overeenkomt met de gemaakte afspraken.<sup>17</sup> Mede afhankelijk van alle in de procedure naar voren gekomen feiten en belangen, waaronder de belangen van derden, kan het besluit anders uitvallen dan bij het aangaan van het contract is ingeschat.<sup>18</sup> De belangenafweging door het bestuursorgaan, waarbij het belang van het honoreren van de verwachtingen slechts één van de af te wegen belangen is, naast bijvoorbeeld de belangen van derden en het algemeen belang, wordt terughoudend getoetst door de bestuursrechter. Ook al is er een bevoegdhedenovereenkomst over de uitoefening van een planologische bevoegdheid gesloten, het bestuursorgaan behoudt een zekere vrijheid om wel of niet overeenkomstig de gemaakte afspraken te besluiten. Dat neemt echter niet weg dat deze vrijheid wel grenzen kent. Het niet honoreren van gerechtvaardigd gewekt vertrouwen zonder een afdoende inhoudelijke reden kan tot vernietiging van het besluit ter uitvoering van de bevoegdhedenovereenkomst leiden.<sup>19</sup>

### *Motiveringsbeginsel*

Een ander beginsel dat van belang is, is het motiveringsbeginsel (zie met name art. 3:46 en 3:47 Awb).<sup>20</sup> Het bestuursorgaan is niet alleen verplicht om de overeenkomst bij de besluitvorming te betrekken, maar ook om voldoende te motiveren welke rol de overeenkomst heeft gespeeld. Het niet of niet voldoende motiveren welke rol een bevoegdhedenovereenkomst heeft gespeeld in de overwegingen om een bepaald besluit te nemen kan leiden tot vernietiging van een besluit.

Een besluit moet op grond van de Awb een kenbare motivering hebben. Wanneer deze ontbreekt, en dus ook een motivering ontbreekt welke rol de overeenkomst heeft gespeeld bij de besluitvorming, hoeft dit overigens niet altijd tot een vernietiging van dit besluit door de rechter te leiden. Als de motivering nadien kenbaar wordt gemaakt, dan kan dit gebrek evenwel door de rechter worden gepasseerd op grond van art. 6:22 Awb (mits uiteraard aan de vereisten van dit artikel is voldaan).<sup>21</sup>

De in een besluit gegeven motivering moet voorts voldoende draagkrachtig zijn. Wanneer het bestuursorgaan er niet in slaagt om voldoende inzichtelijk te maken hoe de belangen die zijn gemoeid met het nakomen van de overeenkomst zijn betrokken in de belangenafweging, dan is het besluit onvoldoende gemotiveerd en kan het besluit door de bestuursrechter worden vernietigd.<sup>22</sup> Is dat het geval dan is het bestuursorgaan weer aan zet en moet het de rol die de overeenkomst in de belangenafweging heeft gespeeld, alsnog inzichtelijk maken.

---

17 Enzo C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma', in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann en R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 140-142.

18 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen. Zie ook ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:106, TBR 2017/45 m.nt. H.J. de Vries.

19 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9924, AB 2004/458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Wijziging Tracébesluit).

20 Staat tegen een planologisch besluit bezwaar open dan is art. 7:12 Awb relevant.

21 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0796, AB 2013/210, m.nt. A.R. Neerhof.

22 ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:986, TBR 2014/59, m.nt. H.J. de Vries en ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1052, ABkort 2014/134.



*Posities van contractspartijen: tijdsverloop*

Tussen het sluiten van de overeenkomst en de uitvoering in de vorm van het nemen van het toegezegde besluit zit (soms een aanzienlijk) tijdsverloop. Gedurende dit tijdsverloop kunnen de posities van beide contractspartijen - gemeente en (vaak) een projectontwikkelaar - veranderen, hetgeen van invloed kan zijn bij de uiteindelijke besluitvorming ter uitvoering van het contract.

Aan de kant van de gemeente kan het zijn dat de politieke samenstelling van het gemeentebestuur verandert of dat het gemeentelijke beleid anderszins wijzigt. Voorts kan het zich voordoen dat de in het contract gemaakte afspraken geen draagvlak vinden bij een groot deel van de inwoners van een gemeente. Dit kan ertoe leiden dat er maatschappelijke druk ontstaat om van de overeenkomst af te wijken.<sup>23</sup> Uiteraard kan aan de kant van de ontwikkelaar ook het een en ander veranderen. Zo kan het belang om een bepaald planologisch besluit te verkrijgen komen te vervallen of minder worden. Bijvoorbeeld omdat het niet meer financieel aantrekkelijk of haalbaar is om het project uit te voeren.<sup>24</sup>

Maatschappelijke en politieke druk en het wegvallen van de noodzaak bij de wederpartij van de gemeente om een bepaald besluit te verkrijgen kunnen ertoe leiden dat het gemeentebestuur bij de besluitvorming afwijkt van de contractuele afspraken. Het hiervoor geschetste bestuursrechtelijke kader biedt daartoe ook de ruimte. Afwijken van de overeenkomst hoeft niet in de weg te staan aan een rechtmatig besluit. Daarmee is de kous, zoals hierna aan de orde komt, echter nog niet af.

## 4 Civielrechtelijke procedure in geval van niet-nakoming

*De burgerlijke rechter en niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst*

Wijkt het besluit ter uitvoering van de overeenkomst af van de afspraken en wil de wederpartij van de gemeente nakoming in de vorm van het toegezegde planologische besluit afdwingen bij de rechter, dan dient deze partij zich tot de bestuursrechter te wenden. Met een dergelijke nakomingsvordering kan de wederpartij van de gemeente niet bij de burgerlijke rechter terecht.<sup>25</sup>

Wordt het planologische besluit ter uitvoering van de overeenkomst vernietigd door de bestuursrechter dan kan de wederpartij van de gemeente schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming vorderen. In beginsel moet men daarvoor bij de burgerlijke rechter zijn, maar als de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000.- bedraagt kan men ook kiezen voor de bestuursrechter (art. 8:88 jo. 8:89 lid 2 Awb). Wordt het besluit ech-

23 Vgl. de casus in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3522, waarin een overeenkomst met toezeggingen over planologische bevoegdheden leidt tot 'maatschappelijke onrust'.

24 Vgl. de casus in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7971, waarin halverwege de planologische procedure blijkt dat de noodzaak tot een bestemmingsplanwijziging bij de wederpartij van de gemeente is komen te vervallen.

25 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

ter niet vernietigd, dan kan men noch bij de burgerlijke rechter, noch bij de bestuursrechter met succes schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming vorderen.

Het voorgaande staat er evenwel niet aan in de weg dat de wederpartij van de gemeente altijd - ook in het geval het besluit ter uitvoering van de overeenkomst formele rechtskracht heeft gekregen - met een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie (een vordering op grond van art. 6:74 Burgerlijk Wetboek (BW)) bij de burgerlijke rechter terecht kan. Hiertoe overweegt de Hoge Raad in het arrest Etam/Zoetermeer (onder meer) het volgende:

‘De bestuursrechter toetst immers niet of het overheidslichaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de verplichting die het bij de overeenkomst op zich genomen heeft, maar of er reden is het besluit te vernietigen wegens strijd met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder (indien de wederpartij beroep op een overeenkomst doet) met name het vertrouwensbeginsel. Die toetsing wordt niet alleen bepaald door een uitleg van de overeenkomst en een daarmee verband houdende beoordeling van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van een besluit met een bepaalde inhoud, maar ook door regels van publiekrecht en door de in voorkomend geval bij het besluit betrokken belangen van derden en het algemeen belang. De vernietiging door de bestuursrechter verplicht dan ook alleen tot vergoeding van de schade die door de wederpartij door het vernietigde besluit is geleden, niet tot die welke zij door de gestelde wanprestatie lijdt.’<sup>26</sup>

#### *Voorbeelden van een toerekenbare tekortkoming*

Dat het mogelijk is voor de wederpartij van de gemeente om met een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie te procederen bij de burgerlijke rechter zegt uiteraard nog niets over de inhoudelijke kans van slagen die een dergelijke vordering heeft. Het hangt in hoge mate van de omstandigheden van het geval af of de gemeente toerekenbaar tekortkomt in de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Kort gezegd hangt het ervan af wat er in het contract staat en wat de contractspartijen redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten.<sup>27</sup>

Het feit dat in de overeenkomst veelal een inspanningsverplichting is opgenomen over de uitoefening van een planologische bevoegdheid wil niet zeggen dat een beroep op art. 6:74 BW per definitie kansloos is. In de jurisprudentie is herhaaldelijk naar voren gekomen dat de schending van een inspanningsverplichting een toerekenbare tekortkoming kan opleveren.<sup>28</sup> Het staken van inspanningen en het niet doorzetten van een planwijzigingsprocedure kan bijvoorbeeld een toerekenbare tekortkoming opleveren.<sup>29</sup> Ook het maken van fouten in een bestemmingsplanprocedure kan ertoe leiden dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een inspanningsverplichting.<sup>30</sup> Voorts kan het zijn dat de inspanningsverplichting is gekoppeld aan het halen van ter-

---

26 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

27 P.J. Huisman, ‘De bevoegdhedenovereenkomst: hoe het niet nakomen van een inspanningsverplichting tot een schadevergoeding kan leiden’, *JBplus* 2013, p. 14.

28 Zie uitvoerig: Huisman 2013, p. 11 e.v.

29 Gerechtshof Arnhem 27 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5418.

30 Rechtbank Zwolle 11 februari 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:AO8924.

mijnen in het besluitvormingsproces en dat het niet halen daarvan leidt tot het oordeel van de rechter dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming.<sup>31</sup>

Of de gemeente zich voldoende heeft ingespannen kan afhankelijk zijn van de opstelling van haar wederpartij. Illustratief is de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 december 2017.<sup>32</sup> De gemeente Doetinchem heeft in 2006 contractueel toegezegd zich te zullen inspannen om het bestemmingsplan te wijzigen, zodat in een oud belastingkantoor woningbouw mogelijk is. Als de projectontwikkelaar niet met concrete plannen komt, wordt in 2011 een actualisering van het ter plekke geldende bestemmingsplan vastgesteld, waarin aan de grond de bestemming 'maatschappelijk' wordt gegeven en aan het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid die bestemming te wijzigen in 'woning en tuin' (een zogenoemde binnenplanse wijzigingsbevoegdheid). De stelling van de projectontwikkelaar dat de gemeente zich onvoldoende heeft ingespannen om binnen de overeengekomen termijn zorg te dragen voor wijziging van de bestemming op haar perceel naar 'wonen' treft geen doel. Uit de overwegingen van het hof volgt dat het te wijten is aan de projectontwikkelaar - die herhaaldelijk naliet informatie te geven, omdat zij nog geen concrete plannen had - dat de bestaande bestemming niet (relevant) is gewijzigd en slechts de bevoegdheid voor het college om de bestemming te kunnen wijzigen tot 'wonen en tuin' is gecreëerd. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat er volgens het hof toch (anderszins) sprake is van wanprestatie in dit geval. Dat komt doordat het gemeentebestuur in 2012 het kantoorpand als gemeentelijk monument heeft aangewezen, waardoor de ontwikkelaar aanzienlijk in haar mogelijkheden is beperkt; het realiseren van 16 starterswoningen is daardoor niet meer mogelijk. Volgens het hof heeft de gemeente door het aanwijzingsbesluit het doel dat de projectontwikkelaar bij de overeenkomst had onbereikbaar gemaakt en is zij daarom tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

#### *Posities van contractspartijen: processtrategie*

Er laten zich verschillende routes om te procederen denken voor de wederpartij van de gemeente als het afgesproken besluit niet wordt genomen.

Een route kan zijn te proberen nakoming in de vorm van het afgesproken besluit te verkrijgen via de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en tevens dan wel daarna als dat niet is gelukt via de burgerlijke rechter te pogen om schadevergoeding wegens wanprestatie te verkrijgen. Het kan zijn dat men dan weliswaar niet het afgesproken besluit krijgt, maar toch wel enige vorm van schadevergoeding.

Een andere route kan zijn niet bestuursrechtelijk te procederen in geval een gemeente niet-nakomt, maar alleen een civielrechtelijke schadevergoedingsvordering wegens toerekenbare tekortkoming in te stellen. Dat kan ingegeven zijn door het feit dat de wederpartij van de overheid liever schadevergoeding dan nakoming wenst. Overigens kan het ook zo zijn dat men niets meer te kiezen heeft. Wanneer de termijn voor het instellen van een bestuursrechtelijk rechtsmiddel tegen het besluit ter uitvoering van de overeen-

31 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3522.

32 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10974, BR 2018/42, m.nt. K. Meijering & E.J.M. van der Ploeg.

komst ongebruikt is verstreken, resteert slechts de mogelijkheid van het instellen van een schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie bij de burgerlijke rechter.

Het kan zich bij beide hiervoor genoemde routes voordoen dat de wederpartij van de gemeente door het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie de druk wil opvoeren op het gemeentebestuur om alsnog overeenkomstig de gemaakte afspraken te besluiten. De dreiging van een lang en duur civielrechtelijk traject en het risico dat dit traject mogelijk ertoe leidt dat een fikse schadevergoeding moet worden betaald, kan voor het gemeentebestuur een reden zijn om (alsnog) een besluit te nemen overeenkomstig de gemaakte afspraken. Als bijvoorbeeld door het niet-nakomen van een contractuele toezegging een grootschalig (woningbouw)project niet doorgaat of ernstige vertraging oploopt dan is het heel goed denkbaar dat de projectontwikkelaar een grote schadeclaim - die in de miljoenen euro's loopt - wegens toerekenbare tekortkoming instelt.<sup>33</sup> Dit kan een reden vormen voor de gemeente om heronderhandelingen te starten (al dan niet in het kader van een schikkings- of mediationtraject) of voor het gemeentebestuur om toch terug te komen op eerdere publiekrechtelijke besluitvorming. Aldus kan het instellen van een civielrechtelijke actie (uiteindelijk) doorklinken in de publiekrechtelijke besluitvorming. Dit zou er zelfs toe kunnen leiden, dat, als de wederpartij van de gemeente daarvoor sterk genoeg staat, zij een bestuursrechtelijke procedure ingeval van niet-nakoming links laat liggen en meteen opteert voor het opvoeren van de druk door middel van het starten van een civielrechtelijke procedure. Zo beschouwd zou de wederpartij van de gemeente, als de omstandigheden van het geval zich daartoe lenen, buiten de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure om een bepaald besluit kunnen afdwingen. Afhankelijk van de processtrategie zou een civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie kunnen dienen als een soort pseudo-herkansing of als een 'breekijzer'.

## **5 Slot: bevindingen en aanbevelingen**

Het gemeentebestuur dient door de gemeente aangegane bevoegdhedenovereenkomsten op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te betrekken bij zijn besluitvorming. Met name het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel verplichten hiertoe. Uiteraard dient het bestuursorgaan gerechtvaardigd gewekte verwachtingen zoveel mogelijk te honoreren, maar in het ruimtelijk bestuursrecht heeft het bestuursorgaan ruimte om rechtmatig van de gemaakte afspraken af te wijken. Veranderingen in de posities van beide contractspartijen, maar ook de inbreng van derden gedurende het besluitvormingsproces, kunnen ertoe leiden dat een rechtmatig besluit wordt genomen dat afwijkt van de gemaakte afspraken. Is de wederpartij van de gemeente het met dat besluit niet eens, dan staat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. De wederpartij van de gemeente kan voorts via een

---

33 Een voorbeeld van een miljoenenclaim die de landelijke media heeft gehaald betreft de vordering van vastgoedbedrijf KNSF op de gemeente Muiden wegens contractbreuk. De ontwikkelaar vorderde op enig moment 360 miljoen euro vanwege – kort gezegd – het niet-nakomen van planologische afspraken om grootschalige woningbouw mogelijk te maken. Zie onder meer: [www.binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/nieuws/knsf-claimt-360-miljoen-euro-bij-muiden.1907263.lynkx](http://www.binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/nieuws/knsf-claimt-360-miljoen-euro-bij-muiden.1907263.lynkx) en [www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/vastgoedbedrijf-knsf-eist-360-miljoen-van-muiden-b9ecc6d0/](http://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/vastgoedbedrijf-knsf-eist-360-miljoen-van-muiden-b9ecc6d0/).

civielrechtelijke actie schadevergoeding wegens wanprestatie vorderen. Onder omstandigheden kan onder druk van een dergelijke claim de publiekrechtelijke besluitvorming worden bijgesteld.

De Wro, de Wabo en (straks) de Omgevingswet bevatten geen regels die specifiek zien op de binding van een bestuursorgaan aan een bevoegdhedenovereenkomst. Daarin is het ruimtelijke ordeningsrecht niet uniek. Over het algemeen ontbreken wettelijke regels over de binding van bestuursorganen aan bevoegdhedenovereenkomsten. Het is naar mijn mening uit het oogpunt van rechtszekerheid wenselijk dat er enige algemene regels met betrekking tot de binding van bestuursorganen aan bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb worden opgenomen.<sup>34</sup> Te denken valt aan een bepaling waaruit duidelijk blijkt dat bestuursorganen bevoegd zijn om bevoegdhedenovereenkomsten te sluiten en dat het bestuursorgaan over wiens bevoegdheid wordt gecontracteerd betrokken is bij het sluiten van de overeenkomst en daarbij contractspartij is. Verder is het wenselijk om wettelijk te verankeren dat het bestuursorgaan overeenkomstig de gemaakte afspraken handelt, tenzij zwaarder wegende belangen zich daartegen verzetten. Daarbij zou tevens kunnen worden vastgelegd dat het geoorloofd afwijken van de overeenkomst bij het nemen van het uitvoeringsbesluit het bestuursorgaan niet ontslaat van zijn schadevergoedingsplicht tegenover de wederpartij bij het contract.<sup>35</sup> Eventuele perikelen in de sfeer van de binding die hiermee samenhangen kunnen zo worden ondervangen.

Een geschil over de uitvoering door het gemeentebestuur van de contractuele (inspannings)verplichting om een bepaald planologisch besluit te nemen is naar geldend recht versnipperd over twee verschillende soorten rechters. Het is naar mijn mening wenselijk een einde te maken aan deze fragmentatie en de beslechting van geschillen over de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst over een planologische bevoegdheid neer te leggen bij één rechter.<sup>36</sup> Ingeval de bestuursrechter oordeelt over de nakoming in de vorm van een appellabel besluit, zou hij naar mijn mening ook moeten kunnen kennisnemen van de gehele te vorderen schadevergoeding. Het is van belang de Awb, waar de algemene regels over beroep bij de bestuursrechter zijn te vinden, op dit punt aan te passen. Zo valt te denken aan een verruiming van de mogelijkheid om schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming te vragen bij de bestuursrechter; hetgeen een aanpassing van titel 8.4 Awb (i.h.b. art. 8:89 Awb) vergt. Te denken valt voorts aan een uitbreiding van titel 8.4 Awb met een verzoekschriftprocedure waarin de wederpartij van het bestuursorgaan schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst kan vorderen bij de bestuursrechter.<sup>37</sup>

34 In een Awb-regeling van de bevoegdhedenovereenkomst zouden ook andere onderwerpen kunnen worden meegenomen. Zie: F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 717-735 en Huisman 2012, p. 623-708.

35 Van Ommeren 2010, p. 727 e.v. en Huisman 2012, p. 656 e.v.

36 Vgl. in algemene zin F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 p. 35.

37 P.J. Huisman, *Verslag VAR-jaarvergadering 2018*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 23 e.v.